TIPICIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL

Especial referencia a los fundamentos del funcionalismo sistémico

Carlos
Pinedo Sandoval*

En el presente artículo el autor aborda los diversos fundamentos de la vertiente jakobsiana de la imputación objetiva así como las instituciones dogmáticas que se han construido sobre la base de aquellos. En el desarrollo de su análisis destaca la relevancia de la imputación objetiva como mecanismo conceptual para la atribución de un comportamiento o de un resultado.

REFERENCIAS LEGALES:

- Código Penal: arts. I y 11.
- Constitución Política: art. 2. inc. 24 lit. d.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política, en el literal d del inciso 24 de su artículo 2 consagra el principio de legalidad[1] como una garantía para salvaguardar la libertad y seguridad personales, señalando que: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley; de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (…)"[2].

* Director General del Taller de Ciencias Penales "José Gonzáles López" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.

1 Ampliamente sobre esta cuestión, ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, reimp. a la 1ª ed., Civitas, Madrid, 2000, pp. 137-175; en específico sobre los cuatro aspectos que edifican el Principio de Legalidad, MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed., B de F, Buenos Aires, 2007, pp. 515 y 516.

2 El Código Penal, por su parte, establece en el artículo II del TTPP: "Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella", y en el artículo 11 que: "Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley".

En este sentido, y en el marco del sistema acusatorio que inspira nuestra actual reforma procesal penal, resulta claro que la labor del fiscal provincial penal recibe un mensaje directo del principio de legalidad. Así, desde que aquel toma conocimiento de la *notitia criminis* y procede a iniciar la acción penal, tanto en las diligencias preliminares como en la investigación preparatoria propiamente dicha, su actividad girará en torno a la necesidad de establecer dos cuestiones esenciales, la *questio facti* y la *questio iuris*. La primera está referida a la verificación de la realidad de un suceso. Probados los hechos, la segunda cuestión sería determinar si quien intervino en él suceso, como su causante, es responsable de el. Para ello es necesario, fundamentalmente, llevar a cabo un juicio de tipicidad, a través del cual se dará vigencia al principio de legalidad[3].

Resulta importante señalar –siguiendo a Bacigalupo[4]– que, la afirmación de que un hecho constituye un ilícito (entendido este como negación de una expectativa normativa institucionalizada) requiere, la comprobación de que el hecho importa, en primer término, la infracción de una norma y, en segundo lugar, la verificación de que esta infracción no está autorizada. La primera comprobación es propia de la "tipicidad", es decir, de la coincidencia entre el hecho cometido y la descripción abstracta dispuesta legalmente.

La calificación de una conducta como típica, sin embargo, depende de la posición que adopte el operador de justicia penal respecto al contenido y límites de esta categoría dogmática, para lo cual, además, resultará necesario conocer el intenso debate que se viene desarrollando al respecto en el seno de la teoría del delito. En este marco, y en torno a la tendencia hacia la normativización de las instituciones jurídico-penales, en la discusión dogmática actual ha venido ganando terreno la denominada teoría de la imputación objetiva, herramienta conceptual que se encuentra a disposición del fiscal provincial penal para determinar quién o quiénes son los competentes por la realización de un suceso típico: el autor, la propia víctima, un tercero, o sin que nadie sea competente, interpretar el suceso como un infortunio.

Así, una vez identificados los sujetos competentes con base en las pruebas de cargo pertinentes, el fiscal provincial penal podrá emitir contra ellos su disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, o, de ser el caso, la acusación, claro está, siempre actuando sobre la base de los principios de *in dubio pro reo* y presunción de inocencia.

Ahora bien, de entre las distintas versiones de la teoría de la imputación objetiva[5], destaca, por su gran contraste con la versión tradicional encabezada por Roxin, la teorizada por Günther Jakobs a partir de bases que se remontan al pensamiento sociológico y filosófico de Lühmann y Hegel, respectivamente. Sobre su contenido, Jakobs la divide en dos niveles: por un lado, la calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento), y, por otro, la constatación –en el ámbito de los delitos de resultado– de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado)[6].

Si bien es cierto que asumir determinada posición respecto a una teoría puede llevar al operador de justicia penal a resolver un determinado caso de modo distinto de si hubiera asumido una opuesta, en lo que concierne a las distintas versiones de la imputación objetiva, sin embargo, cabe mencionar que todas

3 Sobre la estrecha vinculación entre *tipicidad* y *legalidad*, vide ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 194 y ss.

4 Cfr. BACIGALUPO, E., *Derecho Penal. Parte General*. 1ª ed., Ara, Lima, 2004, p. 211.

5 Una interesante exposición de estas en, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. "El estado actual de la discusión sobre la teoría de la imputación objetiva". En: *XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*. UNMSM, Lima, 2004, pp. 7-34.

6 PEÑARANDA RAMOS, Enrique. et ál: "Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs". En: JAKOBS, G. *Estudios de Derecho Penal*. 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 209.

ellas tienen un núcleo en común, que radica en la utilidad perseguida. Así, en el prólogo a su **Imputación Objetiva**, Jakobs empieza diciendo[7] que el objeto de esta teoría es la averiguación y la fijación del "significado social" de un determinado comportamiento. Es decir, se trata de delimitar el comportamiento socialmente adecuado y el comportamiento socialmente inadecuado[8].

> **"El objetivo de la imputación objetiva es la averiguación y fijación del 'significado social' de un determinado comportamiento."**

Con el presente trabajo pretendemos, sin ánimo de exhaustividad, abordar de manera general los diversos fundamentos sobre los cuales Jakobs desarrolla su teoría de la imputación objetiva, así como las diversas instituciones dogmáticas que sobre dichos pilares se han constituido. Este cometido es importante en tanto se trata de una de las tendencias más coherentes para la determinación del comportamiento típico, y que se encuentra no solo a disposición del fiscal provincial penal y de la defensa, sino también del juez penal en tanto este se convierte en garante de los principios, garantías y derechos que corresponden al imputado dentro del proceso[9]. Incluso, ya a nivel jurisprudencial[10] esta herramienta conceptual ha venido siendo utilizada por nuestra Corte Suprema para dar solución a diversos casos.

II. EL SISTEMA DE IMPUTACIÓN PENAL EN JAKOBS

1. Crítica a los conceptos causal y final de acción

Bajo la óptica naturalista propia del causalismo, la dogmática jurídico-penal desarrollada desde el último cuarto del siglo XIX hasta el primer tercio del siglo XX, entendía por prototipo de conducta socialmente perturbadora a la lesión de un bien jurídico, propiamente, a la causación de la destrucción de un bien. Expresado con ejemplos: la causación de la muerte sería el injusto del homicidio, la causación de la destrucción de una cosa, el injusto de los daños y así sucesivamente. A esta propuesta se le conoce como "concepto causal de acción"[11], precisamente porque hace hincapié en el elemento de la "causación". Ahora bien, a decir de Jakobs[12], tal definición de injusto propuesta

7 Cfr. JAKOBS, G. *La imputación objetiva en Derecho Penal*. 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, p. 10.

8 Si bien en ese sentido ya se había expresado mucho tiempo atrás WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una Introducción a la Doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir, B de F, 2006, p. 88: "La adecuación social es en cierto modo la falsilla de los tipos penales: representa el ámbito 'normal' de la libertad de acción social, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos. Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas aunque pudieran ser aún subsumidas en ellos, según su tenor literal".

9 Este es el sentido, por ejemplo, de lo estipulado en el artículo 3 del Código Procesal Penal del 2004: "El Ministerio Público comunicará al juez de la Investigación Preparatoria su decisión formal de continuar con las investigaciones preparatorias".

10 Al respecto, vide. Percy García Cavero: "La recepción de la Teoría de la Imputación Objetiva en la Jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú". En: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (dir.). *Los desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs*. p. 295 y ss; CARO JOHN, J.A. *Diccionario de Jurisprudencia Penal. Definiciones de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal extraídos de la Jurisprudencia*. Grijley, Lima, 2007, p. 304 y ss, ampliamente sobre la imputación objetiva y sus institutos dogmáticos; sobre el "rol social", vide él mismo, *La Imputación objetiva en la Participación Delictiva. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema Nº 4166-99*, Grijley, Lima, 2003, p. 92; él mismo: "Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales". En: *RPDJP*, Nº 5, Lima, 2004, p. 105; en específico sobre el riesgo no permitido, vide Exp. Nº 5032-97, Ej. Supr. 2 nov. 1998, en *Jus-Jurisprudencia*, Nº 1, Lima, 2006, p. 202; sobre el principio de confianza, vide Exp. Nº 608-2004-Ucayali, Ej. Supr., 24 nov. 2005, en *RPDJP*, Nº 7, Lima, 2006, p. 488; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte* General. Grijley, Lima, 2006, p. 329; sobre la imputación a la víctima, vide. Exp. Nº 4288-97-Ancash, Ej. Supr., 13 abr. 1998, en PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia*, Palestra, Lima, 1999, p. 99.

11 Cfr. VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II, Reus, Madrid, 1927, p. 252: "El delito es siempre un *acto humano*, por tanto, actuación voluntaria trascendente al mundo exterior; es decir, la causa o no impedimento de un cambio en el mundo exterior. Nunca llegarán a constituir delito, los acontecimientos fortuitos, independientes de la voluntad humana".

12 Cfr. JAKOBS, Günther. Ob. cit., pp. 209 y 210.

por el sistema causalista del delito nunca fue tomada al pie de la letra, pues nadie ha estado dispuesto, por ejemplo, a acusar al constructor de una casa debidamente edificada por la caída de un niño desde la ventana o al fabricante de un automóvil correctamente construido por el ocasionamiento de un accidente, etc[13]. Esta contención no se debe a que tales causantes no habrían podido prever las consecuencias de su conducta –todo fabricante de automóviles prevé accidentes y por ello les incorpora zonas de absorción de impactos, *airbags* y otros elementos de seguridad–, sino que obedece a la evidente conformidad social de tal conducta. Por ello, sostiene Jakobs, "no supone ninguna ganancia para la solución de la problemática aquí planteada la subjetivización del injusto –como sucede en el concepto final de acción–. A menudo no falta una referencia subjetiva del autor respecto del riesgo y del resultado. Lo que falta siempre en casos de esta índole es la anormalidad social del hecho y para la determinación de tal anormalidad aporta tan poco el concepto final de acción como el concepto causal"[14].

Así, en consonancia con su concepción objetivista del injusto[15], para Jakobs[16], un autor doloso no responde penalmente porque tenga dolo, sino porque es un hecho socialmente perturbador el que él ejecuta dolosamente y el que se realiza también en el resultado.

2. La normativización de la dogmática jurídico-penal

Si bien las actuales tendencias en Derecho Penal no propugnan un rechazo total al sistema desarrollado por la Escuela Finalista –la cual logró imponer en la dogmática alemana su sistemática basada en la teoría del injusto personal[17]–, su característica común consiste en abandonar el sistema dogmático cerrado, lógicamente perfecto, pero desvinculado de la configuración actual de la sociedad[18]. Es así que comienzan a reinterpretarse los conceptos de la dogmática jurídico-penal desde una perspectiva estrictamente normativa. Sin embargo, resulta importante mencionar que dicha normativización de las categorías penales no goza de una unidad de pensamiento, pues existen en la doctrina penal actual distintos pareceres

13 Vide en este sentido ya se mostraba la crítica de WELZEL, Hans. Ob. cit.,. Trad. José Cerezo Mir, B de F, 2006, p. 41: "La acción humana es ejercicio de actividad final. (…) Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es el resultante causal de la constelación de causas existentes en cada momento. La finalidad es, por ello –dicho en forma gráfica– 'vidente', la causalidad, 'ciega'".

14 JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 210; ampliamente sobre la interpretación de Kant hecha por Welzel y su crítica hacia los neokantistas en torno al conocimiento de la realidad y su relación con el Derecho Penal, vide. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. 2ª ed., B de F, 2003, pp. 224-235.

15 Es de otra interpretación, SANCINETTI, Marcelo. *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*. Hammurabi, 1995, p. 131 y ss, para quien bajo la piel de feroz lobo funcional-objetivista de Jakobs se oculta en realidad un tierno –si bien algo descarriado– cordero final-subjetivista; sobre lo fallido de la interpretación de Sancinetti, vide. PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZALES, Carlos y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Un nuevo sistema del Derecho Penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*. 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 57-62.

16 Cfr. JAKOBS Günther: Ob. cit., 1994, p. 211: "Quien provee de alcohol a unos niños y prevé al hacerlo que estos cometan en su embriaguez un delito, responde por este delito, ya que es socialmente perturbador dar de beber alcohol a los niños; pero quien, coincidiendo por lo demás el aspecto subjetivo, expende alcohol a personas adultas y responsables no responde por las consecuencias, pues entre sujetos responsables la relación con el alcohol pasa por ser algo socialmente normal".

17 Muy crítico con respecto a dicha influencia se muestra, LESCH, Heiko Hartmut. *Injusto y culpabilidad en Derecho Penal*. 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 10: "En la transición hacia el sistema actualmente dominante, basada en la llamada 'teoría del injusto personal', se mantiene la separación naturalista entre el *hecho* en tanto suceso perturbador, o los denominados 'desvalor del hecho' y 'desvalor del resultado', por un lado, y el *sujeto* responsable del hecho en cuestión, por otro".

18 Sobre esta cuestión, vide GARCÍA CAVERO, Percy. "Tendencias modernas en la dogmática jurídico-penal alemana". En: *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*. Vol. 2, 2001, p. 178.

sobre cómo debe emprenderse tal normativización y, por tanto, cómo debe configurarse la teoría de la imputación objetiva[19].

Claro ejemplo de lo anterior es la orientación diversa que han seguido las dos corrientes funcionalistas[20] que entran en directa confrontación con la dogmática ontológico-finalista de Welzel: una de ellas es la expuesta por Claus Roxin, quien plantea una normativización de la dogmática jurídico-penal orientada según el prisma de la función político-criminal que le corresponde a cada institución[21]; y, por otra parte, la propuesta de Günther Jakobs, quien elabora una nueva fundamentación de la dogmática jurídico-penal y del sistema, acudiendo a la misión del Derecho Penal (prevención general) desde la perspectiva sociológica-funcionalista. La teoría luhmaniana de los sistemas le permitirá a Jakobs, emprender la renormativización de las viejas categorías de la dogmática, inservibles, según él, por su vinculación a inexpresivas estructuras lógico-objetivas y conceptos prejurídicos[22].

La principal preocupación de Jakobs[23] es la de identificar qué es lo que caracteriza a un comportamiento humano jurídico-penalmente relevante. Para él, lo característico no es que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos –esto también se produce por catástrofes naturales, animales, etc.– sino su "significado": contiene "el esbozo de un mundo". Este "significado" ha de averiguarse a través de una interpretación que parta de la comprensión general y proceda, en este sentido, de modo objetivo; pues solo entonces las conclusiones alcanzadas resultarán comprensibles en la vida social y serán algo más que una peculiaridad individual.

Por lo tanto, "el delito, o hecho punible, no es más que la manifestación de la infracción de la norma"[24]. Los diferentes sucesos de relevancia penal, como el homicidio, los daños en la propiedad ajena, la falsificación de documentos, etc., vistos solamente en su aspecto material, sin referencia a elementos normativos, solo encierran una mutación en el estado de cosas en el mundo natural, fácilmente explicable en una relación causal entre una causa que lo origina y el resultado producido. Por ello es necesario un esquema de interpretación normativo para poder ver lo acontecido como algo más que un mero suceso natural[25]. Un hecho tiene "sentido", es decir, es relevante jurídico-penalmente recién "cuando el infractor sobrepasa su ámbito de libertad de organización, o lo que es lo mismo cuando infringe su rol, cuyo límite es precisamente la esfera del derecho ajeno"[26].

De acuerdo con el normativismo jakobsiano, los bienes jurídicos carecen de relevancia para la determinación de la infracción de la norma en tanto que ellos no desempeñan ninguna función en la vida social. La mera lesión de la vida humana por sí misma en prima facie

19 GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte* General. Grijley, Lima, 2008, p. 325.

20 Ampliamente, sobre lo distintivo entre estas dos corrientes, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 67-72.

21 ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 217: "Las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho Penal solo pueden ser de tipo político-criminal, y que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho Penal".

22 Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Derecho Penal. Introducción*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 2000, p. 498: "Jakobs absolutiza el criterio funcional, con el consiguiente rechazo de toda limitación del mismo que proceda del ámbito ontológico, o incluso del sentido ordinario del lenguaje. Para Jakobs, solo son decisivas las necesidades 'sistémicas', orientadas al principio supremo de la 'función del Derecho Penal'".

23 Cfr. JAKOBS, G. Ob. cit., p. 9.

24 CARO JHON, J.A. Ob. cit., p. 39.

25 Ibídem, p. 39 y ss., a modo de ejemplo: "El vendedor de armas que vende una pistola sabiendo que luego será usada para matar a alguien no es responsable penalmente por la mera venta del arma, del mismo modo que el taxista tampoco es responsable del delito que cometa su cliente en el lugar de destino, aun cuando se entere en el trayecto de los planes delictivos de su cliente, salvo que se conciba la complicidad como mera causación psicológica de un hecho".

26 Ídem.

es irrelevante jurídicamente. Esa vida humana adquiere relevancia jurídico-penal recién cuando forma parte de la norma que protege el derecho de los demás a no ser privados de la vida. Esto es así porque la vigencia de la norma resulta de la correcta relación entre personas en la sociedad, donde cada persona desempeña un rol determinado. En esta relación el único bien jurídico-penal es "la vigencia fáctica de las normas"[27].

3. La influencia de Niklas Luhmann: Configuración social y Derecho Penal

El acercamiento del planteamiento jurídico-penal de Jakobs al funcionalismo de Luhmann puede apreciarse claramente en su *Strafrecht* de 1983, en donde muchos de los aspectos centrales de la concepción del Derecho Penal responden a la comprensión sociológica del Derecho que esbozara Luhmann en 1972 en su *Rechtsoziologie*[28]. Sin embargo, los planteamientos jurídico-penales que Jakobs hiciera en su manual (1983, 1991) han sufrido –al igual que el pensamiento de Luhmann– toda una evolución. Es así que el 28 de mayo de 1995 en las Jornadas Alemanas de Profesores de Derecho Penal realizadas en Rostock, Jakobs, aunque admitiendo cierta vinculación con la teoría sociológica de Luhmann, sobre todo en cuanto a la diferenciación entre los sistemas sociales y los sistemas psíquicos, marcó inmediatamente distancias con estas ideas, señalando que "un conocimiento superficial de esta teoría permite advertir rápidamente que las presentes consideraciones no son en absoluto consecuentes con dicha teoría, y ello ni tan siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales"[29].

No obstante, el rechazo expreso a una vinculación con las ideas sociológicas de Luhmann, podemos comprobar en Jakobs dos aspectos fundamentales en los cuales se hace notar dicha influencia: la función del Derecho penal y la teoría de la imputación jurídico-penal[30], siendo el segundo tema lo que nos interesa especialmente ahora.

Al respecto, sobre la base de la consideración de Luhmann, para quien: "El Derecho no está determinado por sí mismo o en razón de normas y principios supremos, sino por su referencia a la sociedad"[31], Jakobs define el funcionalismo jurídico-penal como "aquella teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad"[32]. Partiendo de esta concepción, Jakobs no concibe a la sociedad desde el punto de vista de la conciencia individual (Descartes), ni como un sistema que puede componerse de sujetos que concluyen contratos (Hobbes), producen imperativos categóricos (Kant) o se expanden de modo similar; por el contrario, la concibe fundamentalmente como **comunicación**.

Así, bajo el entendimiento de la sociedad como "sistema de comunicación normativa", corresponde al Derecho Penal la tarea de "confirmar" la **identidad social**, es decir, las normas que garantizan la estabilidad de una sociedad concreta. De lo que resulta que el Derecho Penal

27 Cfr. Ibídem, p. 39 y ss., por el contrario: "La teoría del bien jurídico se conecta con categorías naturalísticas, que definen el delito como la producción de daños en el mundo exterior, cumpliéndole al Derecho Penal la misión de proteger dichos bienes frente a los ataques que planteen una merma en su configuración material. Pero el error fundamental de esta concepción radica en que el objeto de protección no es contemplado en su contexto de significancia normativa, sino tal como ya Welzel lo dijo críticamente: en un 'mundo inerte desprovisto de toda función', de tal forma que 'los bienes jurídicos (se convierten) en piezas de museo que se resguardan cuidadosamente en vitrinas frente a las influencias dañosas', es decir, contemplados fuera de la 'realidad social del Derecho'".

28 GARCÍA CAVERO, Percy. "Algunas consideraciones sobre el funcionalismo en el Derecho Penal". En: *Sistemas penales iberoamericanos. Libro Homenaje al profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*. 1ª ed., Ara, Lima, 2003, p. 160.

29 JAKOBS, G. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Civitas, Madrid, 1996, p. 16.

30 Sobre esta cuestión, vide GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., pp. 165 y ss.

31 Con más detalles, Ibídem, p. 161; vide. Ampliamente, LUHMANN, Niklas. "El Derecho como sistema social". En: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.), *Teoría de sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Comares, 2005, pp. 69-86.

32 JAKOBS, G. Ob. cit., p. 15.

funcional toma como base la idea de sociedad en su constitución normativa, como compendio de normas que tienen una caracterización propia[33]. En este sentido, sostiene Jakobs que "el mundo social no está ordenado de manera cognitiva, con base en relaciones de causalidad, sino de manera normativa, con base en competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto"[34]. Por lo tanto, según esta concepción, el hecho de que un comportamiento cause de modo cognoscible un resultado pernicioso, per se no quiere decir nada, pues puede que en el contexto el suceso competa a otra persona[35].

A partir de lo anterior, Jakobs llega a la conclusión de que "la imputación objetiva del comportamiento es imputación vinculada a la sociedad concreta"[36]. En este sentido, teniendo en cuenta, por un lado, que la forma de la imputación se reconduce a los inicios de la cultura humana pero que su contenido depende del correspondiente contexto social[37], y, por otro, que el subsistema jurídico-penal va a resolver siempre un problema del sistema social[38], entonces, la pregunta sobre quién de todos los intervinientes en un curso lesivo es el competente, no puede ser contestada sin tener en cuenta el "estadio de desarrollo alcanzado por la sociedad concreta en cuestión"[39]. Por ejemplo, una sociedad saturada por la técnica esperará de un fabricante de máquinas que este no produzca nuevos riesgos, y por tanto le impondrá el deber de garantizar la inocuidad en todas las condiciones de funcionamiento, exonerando de este modo a quien adquiere la máquina y a la víctima. Por el contrario, una sociedad que esté necesitada de avances técnicos tolerará un cierto margen de riesgos; por consiguiente, exonerará al fabricante e impondrá al usuario y a la potencial víctima la obligación de garantizar la seguridad; o puede incluso que esta sociedad considere deseables el espíritu de aventura del adquiriente de la máquina y la curiosidad del operario, exonerándoles, respectivamente, del deber de autoprotección; en ese caso, la lesión se convierte en desgracia. En todos los casos, la selección de la posibilidad de solución se rige por el contexto social.

4. La filosofía de Hegel

No obstante la innegable influencia del funcionalismo sociológico en esta visión del Derecho Penal, es posible observar que la determinación de la función de la pena y la construcción del concepto de persona (vide Infra III) a través del rol tienen en Jakobs un tinte especial que en lugar de seguir la línea luhmanniana termina produciendo un acercamiento al pensamiento filosófico de Hegel[40].

33 Cfr. Eduardo Montealegre Lynett y Jorge F. Perdomo Torres. "Funcionalismo y Normativismo Penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs". En: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (dir.). Ob. cit., p. 40.

34 JAKOBS, G. Ob. cit., p. 9 y ss.

35 Ídem. "En este sentido, y a modo de ejemplo, la producción masiva de automóviles también causa accidentes de tráfico y casos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y ello, además, de modo perfectamente previsible, pero sin que respondan sin más los productores"; sin embargo, mucho antes, ya WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir, B de F, 2006, pp. 84 y 85: "En la función de los tipos de presentar la 'muestra' de la conducta prohibida se pone de manifiesto que las formas de conducta seleccionadas por ellos tienen, por una parte, un carácter social, es decir, se refieren a la vida social, pero, por otra parte, son inadecuadas a una vida social ordenada".

36 JAKOBS, G. Ob. cit., p. 10.

37 Ibídem, p. 10; en el mismo sentido vide PIÑA ROCHEFORT, J.I. *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 2005, p. 246, " (…) un sistema de imputación, sea cual sea la naturaleza de esta (imputación moral, imputación jurídica, etc.) al considerar una prestación como consecuencia, 'corta' la cadena 'causal' en un determinado momento, olvidándose de las 'otras consecuencias'. Del mismo modo, prohíbe 'volver' a otros antecedentes".

38 Vide ampliamente, la aclaración de JAKOBS, G. Ob. cit., pp. 20 y ss., acerca de una referencia "exclusivamente funcional" del Derecho Penal al sistema social; coincidiendo con Jakobs, Eduardo Montealegre Lynett y Jorge F. Perdomo Torres. Ob. cit., p. 40, sostienen: "El mantenimiento de la sociedad así entendida de las normas, es la función que se le asigna al Derecho Penal. Es decir, responder ante los atentados a la vigencia de las normas estructurantes de un determinada sociedad".

39 JAKOBS, G. Ob. cit., p. 9.

40 GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 170.

Así, a propósito del consejero secreto del Tribunal Supremo de Berlín, Hegel considera "Irracional querer un mal porque ya existe otro mal (…) el delito debe negarse no solo como la producción de un mal sino como la vulneración del Derecho como Derecho"[41]. Es a partir de esta directriz filosófica que Jakobs, edifica su concepción acerca de la racionalidad de la pena, cuya fundamentación se encuentra en la negación del sentido del delito, entendido como defraudación de ciertas expectativas sociales fundamentales. La función de la pena consiste, pues, en anular el sentido comunicativo del delito y restablecer la vigencia de la expectativa social defraudada[42]. Por ello, aquí el delito no se toma como "principio de una evolución" (social) ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo (aprendizaje) sino como "comunicación defectuosa"

Ahora bien, la Teoría de la Imputación Objetiva desarrollada por Jakobs refleja esta función de restabilización de expectativas normativas de conducta que realiza el Derecho Penal, observándose, por otro lado, que a diferencia de la versión todavía dominante de dicha teoría, este autor prefiere volver a la base filosófica planteada por Hegel, quien ya a comienzos del siglo XIX consideraba que, "El acto impone en la existencia dada, un cambio y la voluntad es culpable, en tanto pone el abstracto predicado del mío, en el existir modificado"[43].

Hegel propuso distinguir entre dos clases diversas de consecuencias que una conducta genera: por un lado, aquellas consecuencias que son parte de la configuración misma de la acción, a ella le pertenecen, son su alma y sin ella nada representan; y, por otro, las consecuencias que no le pertenecen a la conducta sino a la modificación que en el mundo exterior ha causado mi comportamiento; por consiguiente, solo las consecuencias que pertenecen a mi conducta, como modificación del mundo exterior, pueden serme imputadas, mientras las consecuencias que se derivan no de mi conducta, sino de la ya producida modificación en el mundo exterior, no me deben ser imputadas[44]. Por estas razones, sin duda, debe reconocerse como un aporte crucial al Derecho Penal la afirmación hegeliana de que a una persona solo le puede ser imputado aquello que constituya su obra, y no aquello que sea resultado de la simple causalidad, de la mala suerte o del destino[45].

III. EL SUSTRATO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: LA PERSONA COMO CONSTRUCCIÓN SOCIAL-NORMATIVA

Siguiendo la directriz del presente trabajo, el tema de los fundamentos de la imputación objetiva en Derecho Penal implica ocuparnos del "sustrato" de esta teoría, esto es, del concepto de **persona**, tema sobre el cual el Derecho Penal se ha hecho eco de un debate filosófico ancestral[46]. Al respecto, cabe señalar que si bien existe consenso en cuanto a la afirmación de que solo la **persona** puede ser causante, es decir, que solamente ella puede ser autor, aceptando con ello la definición hecha por Kant de que **persona** es aquel sujeto cuyas acciones son capaces de ser imputadas, en cuyo sentido, entiende Jakobs[47] que **persona**

41 HEGEL, G. F. *Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho*. Claridad. Buenos Aires, 1939, § 99, pp. 111 y 112.
42 GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., pp. 170 y 171.
43 HEGEL, G.F. Ob. cit., § 114, p. 123.
44 Cfr. ALVARADO REYES, Y. *Imputación Objetiva*. 3ª ed., Temis. Bogotá, 2005, pp. 51 y 52.
45 Cfr. Ibídem, pp. 51 y ss.
46 PIÑA ROCHEFORT, J. Ob. cit., p. 246: "Las tesis naturalistas e individualistas de corte 'clásico' se han visto contrapuestas a los conceptos funcionales de la personalidad, que postulan una distinción radical entre *individuo* y *persona*. Sobre esto, por ejemplo, enfatizaba Radcliffe-Brown, [*Estructura Social*, en "Estructura y función de la sociedad primitiva", p. 221], que confundir individuo y persona equivalía a sostener que la Santísima Trinidad estaba integrada por tres individuos, y que muchos habían encontrado destino en la hoguera por ello. Sin embargo, este concepto de 'persona', diferenciado del individuo revestido de dicha personalidad, muchas veces es aceptado sin consideraciones críticas, como si la escisión entre el ser humano y las expectativas sociales fuese una verdad indiscutida e inherente al concepto".
47 Cfr. JAKOBS, G. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Nº 28, 2004, pp. 19 y ss.

es el destinatario de expectativas normativas, la titular de deberes y, en cuanto titular de derechos, dirige tales expectativas a otras personas; sin embargo, la polémica y nuestro respectivo deslinde con Jakobs aparecen cuando nos detenemos a preguntarnos sobre qué es **persona** o, siendo más específicos, acerca de cómo entiende este autor al destinatario de las normas jurídico-penales.

> **“Para Jakobs uno no nace persona, no se es persona a partir de la naturaleza, sino bajo determinadas relaciones sociales, cuando se le atribuyen derechos y obligaciones.”**

En lo que nos interesa ahora, la premisa fundamental para Jakobs es que “uno no nace persona, no se es (persona) a partir de la naturaleza, sino que se es bajo determinadas relaciones sociales, esto es, en el momento en que se atribuyen derechos y obligaciones”[48]. Así, se concibe a la persona en lo fundamental a partir del idealismo de la Filosofía del Derecho de Hegel como un concepto eminentemente normativo. Nadie es persona en sí misma, sino se es persona porque el sistema social así lo atribuye. Esto es, la persona es un producto de la socialización. Nadie es persona por el hecho de tener dos ojos, una boca y saber hablar, esos aspectos muestran únicamente una naturaleza psicofísica, a la que Jakobs denomina “individuo”, y todo lo relacionado con el individuo es irrelevante para la imputación jurídica[49]. La consecuencia lógica de entender a la persona como un mero producto social y no como algo dado por la naturaleza, radica en sostener que **persona** es, por tanto, un concepto relativo. Como ejemplo de esto, resulta del todo clara la expresión de uno de los principales discípulos de Jakobs en el Perú, Caro John, quien explica que: “para un Derecho Penal funcional no existen elementos naturales inmutables del ser humano que soporten la inclemencia de todos los tiempos, porque todo responde a una evolución, a un proceso de desarrollo histórico y social, un proceso en el cual el Derecho Penal no se queda al margen. Significa que el edificio aludido por el autor [Jakobs] está construido más bien, desde sus fundamentos hasta lo más elevado, únicamente de elementos normativos”[50].

El normativismo jakobsiano, bajo la impronta de Hegel y Luhmann, le lleva a concluir necesariamente que **persona** es algo distinto de un ser humano, un individuo humano; este es el resultado de procesos naturales, aquella un producto social (de lo contrario nunca podría haber habido esclavos, y no podrían existir las personas jurídicas). Este producto es –en el caso de la persona física– la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y una conciencia; lo mínimo es un cuerpo animado. Por medio del cuerpo –y de otras propiedades–, la **persona** está “aquí”, y la conciencia es necesaria porque la comunicación se halla estructuralmente acoplada a ella. Los árboles o los ríos no comunican, en todo caso, no lo hacen conforme a un entendimiento moderno; por ello, no son destinatarios (dicho con mayor exactitud: hoy ya no son destinatarios) de expectativas normativas[51].

48 CARO JOHN, José Antonio. Recensión al libro de GARCÍA CAVERO, P. *Derecho Penal Económico*. *Parte General*. Colección Jurídica de la Universidad de Piura. “Ara Editores, Lima, 2003, 872 pp. En *RPDJP*, Nº 5, 2004, p. 445.

49 Ibídem, p. 446: “Cuando al individuo se le reconoce el estatus de persona es un indicativo que la individualidad quedó atrás, o que fue superada, por lo que ahora se le reconoce una capacidad de imputación y entonces ya se le puede tomar en cuenta en el mundo normativo”.

50 Ibídem, p. 447; cfr. lo sostenido por otro discípulo de Jakobs, el chileno PIÑA ROCHEFORT, J. I. Ob. cit., p. 246, para quien “es preciso tener en cuenta que ‘persona’ no es un término descriptivo, es decir, no puede definirse no ostensivamente (mediante la indicación de cualidades simples), ni narrativamente (mediante la narración de una *historia de lo que se designa*). La propia expresión encierra una historia entera que trasciende a la mera raíz etimológica: el concepto de persona es –en palabras de Spaemann– un ‘concepto normativo’”.

51 GENANNT NIERMANN, Isabel Voßgätter, *Concepto social de acción e imputación objetiva*. 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Nº 36, 2006, p. 14; aunque desde su óptica naturalista, ya VON LISZT, Franz. Ob. cit., p. 286, sentenciaba: “el hombre es el único que puede realizar *una manifestación de voluntad que trascienda al Derecho*; es decir, cuyas consecuencias puedan ser imputadas al agente”.

La concepción que presenta Jakobs acerca de la **persona**, se refleja coherentemente en su propuesta sobre la teoría de la imputación objetiva, en la cual se valora la acción con independencia de la persona del autor concreto, de manera que el destinatario de las normas de conducta no es el hombre concreto y específico, sino el concepto abstracto de hombre con capacidades normales o, más bien, el hombre concreto teniendo únicamente en cuenta su naturaleza general en tanto que ser racional, es decir, persona[52]. Por último, la reciente oposición de Jakobs a una responsabilidad penal de las personas jurídicas porque en las mismas falta la autoconsciencia, pone nuevamente de manifiesto el acercamiento a la filosofía de Hegel, para quien el concepto no debe incluir solo el "ser en sí", sino el "ser para sí"[53].

La persona como mera construcción social-normativa[54] es un tema crucial en el sistema jakobsiano, por lo cual merece un riguroso estudio crítico en tanto que las consecuencias legislativas de tal concepción podrían amparar una nociva mentalidad relativista[55], incurriendo en una suerte de positivismo sociológico[56].

IV. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO QUEBRANTAMIENTO DE UN ROL

Un rasgo fundamental en la teoría de la imputación objetiva de Jakobs, y que se encuentra en la base de su sistema funcionalista, es la concepción del injusto no como la mera lesión de un bien[57], sino como la infracción de un rol. Así, las expectativas garantizadas jurídicamente solo se ven defraudadas por una conducta objetivamente defectuosa, sin tener en cuenta aspectos individuales[58]. Pues como estas expectativas (como todas) se dirigen a personas, es decir, a portadores de un rol, "la responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol"[59]. En este sentido, Jakobs distingue entre roles comunes (si bien propiamente existe un único rol común: el general, de ciudadano fiel

52 Cfr. GENANNT NIERMANN, Isabel Voßgätter. Ob. cit., pp. 19 y ss.; cfr. PIÑA ROCHEFORT, J.I. Ob. cit., pp. 394 y ss., quien expresa: "imputar, esto es, 'atribuir algo a alguien', implica 'sacarlo' de la esfera de la naturaleza".

53 GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 172.

54 Al respecto Vid. GENANNT NIERMANN, Isabel Voßgätter. Ob. cit., p. 38: "(…) el concepto de persona en Derecho Penal es el resultado de una construcción social (Bayert). Por tanto, en la imputación penal es incorrecto referirse a la persona en su función como sistema psicofísico", aclara, sin embargo, que: "Para no perder su conexión con la realidad social, la teoría de la imputación penal debe tener en cuenta los fundamentos de la comunicación. La comunicación decisiva en la convivencia social no tiene lugar en un nivel abstracto puramente inmaterial, es decir, el hecho penal no acontece en una esfera de valores separada de la realidad, sino que siempre necesita recurrir a un mundo concreto. Por ello, en la normativización de la persona no debe pasarse por alto que las personas tienen atribuido cuerpo y conciencia y que estos también pueden tenerse en cuenta en la situación concreta".

55 No hay duda de que el pensamiento relativista tiene muchas y evidentes manifestaciones en la actualidad, principalmente, en el ámbito ético-social, al respecto, Cfr. HABERMAS, J. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Trotta, Madrid, 2000, pp. 93-94: "En la sociedad actual encontramos un pluralismo de proyectos de vida y de concepciones del bien humano. Este hecho nos plantea la siguiente alternativa: o se renuncia a la pretensión clásica de pronunciar juicios de valor sobre las diversas formas de vida que la experiencia nos ofrece; o bien se ha de renunciar a defender el ideal de la tolerancia, para el cual cada concepción de la vida vale tanto como cualquier otra o, por lo menos, tiene el mismo derecho a existir"; también Cfr., NINO, C.S., *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Ariel, Barcelona, 1989, p. 195.

56 En sentido similar se expresa, GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., 2003, pp. 171 y 172: "Si bien acepta [Jakobs] que sin individuos no existiría sociedad, rechaza que la configuración de esta dependa de los individuos, y atribuye, más bien, a la sociedad la facultad de otorgar a los individuos su identidad, esto es, elevarlos a la categoría de persona".

57 Como lo era en VON LISZT, Franz. Ob. cit., p. 252: "El delito es, además, un acto *contrario al derecho*; es decir, un acto que, contraviniendo, formalmente, a un mandato o prohibición del orden jurídico, implica, materialmente, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico"; en contra de lo anterior, LESCH, Heiko Hartmut. Ob. cit., p. 8: "Hasta el día de hoy, el suceso perturbador se ha definido mayoritariamente como una *modificación* empírica y real del *mundo exterior*, es decir, como una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico o de su objeto".

58 JAKOBS, Güntehr. Ob. cit., p. 54.

59 JAKOBS, G. Ob. cit., p. 67; PIÑA ROCHEFORT, J. I. Ob. cit., p. 352: "Toda otra defraudación, por relevante que sea en otros ámbitos, no presenta repercusiones en la sociedad, sino que solo puede observarse en el nivel individual".

al Derecho) y roles especiales. La distinción entre estos dos tipos de roles obedece al hecho de que las expectativas normativas de conducta en la constitución actual de la sociedad están configuradas en dos ámbitos[60]. Por un lado, existe un ámbito general de libertad de organización y, por otro, existen determinados ámbitos institucionales, los cuales son sectores más específicos.

El aplicar las estructuras como la llamada "prohibición de regreso", el "principio de confianza" o, sobre todo, del "riesgo permitido" (y especialmente en lo que se refiere a los llamados "conocimientos especiales"), implica preguntarse por las prescripciones del rol. En este sentido, la estructura del rol social puede entenderse como una constante que informa todas las instituciones de la imputación objetiva[61].

1. Responsabilidad en virtud de organización: el rol general de la persona

En el ámbito general se encuentra la expectativa de que todas las personas mantengan en orden su círculo de organización, para que no se produzcan efectos exteriores perjudiciales contra terceros. Se trata, por ende, de un ámbito de organización que puede ser administrado libremente por su titular, y cuyo límite es el deber de abstenerse de lesionar a los demás, es decir, el deber de no arrogarse un ámbito de organización ajeno. Estamos hablando del llamado rol general de ciudadano, definido por Jakobs como "el rol de comportarse como una persona en Derecho, es decir, el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios"[62].

Conforme ya pudo notarse de lo anterior, en este rol común o general, Jakobs distingue un contenido positivo y un contenido negativo. Así, mientras que el contenido positivo de este rol permite "constituir a la persona como persona en Derecho"[63]; el contenido negativo, por su parte, impone el deber de no lesionar a los demás, puesto que también son partícipes del ordenamiento jurídico.

El quebrantamiento de este rol general implica la denominada **responsabilidad en virtud de organización** (responsabilidad basada en deberes generales), por haber negado el autor aquellas normas que imponen a todos respeto frente a sus congéneres: no mates, no lesiones, no robes, etc.

2. Responsabilidad en virtud de competencia institucional: los roles especiales

En este segundo ámbito, se requiere mantener la expectativa de que las instituciones de la sociedad funcionen ordenadamente. Ello se debe a que el desarrollo de las personas no se realiza solo dentro de su esfera de organización, sino que se requiere de relaciones estables con otras esferas de organización. De este modo, surgen roles especiales que responden a determinadas instituciones sociales y que vinculan de manera especial y concreta una esfera de organización con otras[64]. En este punto, resulta certera la observación de García Cavero en cuanto a que el Derecho Penal jakobsiano "cumple su función social de reestabilizar

60 GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., 2003, p. 166; él mismo, *Derecho Penal Económico. Parte General*. 2ª ed., Grijley Lima, 2007, pp. 311-314.

61 Cfr. PIÑA ROCHEFORT, J. I. Ob. cit., pp. 394-351, para quien la utilización del rol "puede contribuir a mitigar los efectos que ha producido el tratamiento de la teoría de la imputación objetiva"; por su parte, considera que la imputación objetiva basada en roles responde mejor a las necesidades punitivas del Derecho Penal Económico, GARCÍA CAVERO, P. Ob. cit., 2007, p. 396; en el mismo sentido el trabajo realizado por BERRUEZO, Rafael. *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal sobre la base de roles*. B de F, 2007, pp. 120 y ss.

62 JAKOBS, G. Ob. cit., 1994, p. 68.

63 Ibídem, p. 68.

64 GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 166.

las expectativas normativas de conducta atendiendo a las particularidades de cada uno de estos roles”[65].

Los roles especiales son definidos por Jakobs como aquellos que “una determinada persona tiene porque debe configurar junto con otras personas un mundo común, más o menos completo”[66]. Las diversas instituciones de donde surgen estos roles, entendidas como “contextos normativos consolidados”[67], confieren a la sociedad su configuración fundamental específica, es decir, aquella configuración que se considera indisponible en el momento actual[68].

El quebrantamiento de un rol especial origina la **responsabilidad en virtud de competencia institucional** (responsabilidad fundamentada en deberes especiales), según la cual los competentes responderán, generalmente, a título de autores, puesto que están obligados de manera directa frente a la víctima a mantener un ámbito en común.

65 Ibídem, p. 166.

66 JAKOBS, G. Ob. cit., p. 67: “(…) este es el caso, por ejemplo, del rol de padre –los padres deben formar con los hijos una comunidad-, o del rol de cónyuge –junto al esposo o a la esposa ha de construirse un mundo conyugal común–, o el de los servicios de asistencia en casos de emergencia –deben actuar en caso de necesidad en interés de quien está desamparado–”.

67 JAKOBS, Günther. “Actuar y omitir”. En: YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Ob. cit., p. 159.

68 JAKOBS, G. Ob. cit., p. 67: “ (…) esa configuración es ‘***específica***’ porque dichas instituciones concurren con independencia de la juridicidad de la constitución de la sociedad, que es tomada como presupuesto. Se trata, por ejemplo, de la relación entre padres e hijos, (aun) del matrimonio, del Estado como corporación de protección dotada de un monopolio de violencia, y de algunas otras” (resaltado en el original).